

ジェンダーと法の現状と課題に関する予備的研究

——女性の地位についての法社会学的研究のために——*

澤 敬子、手嶋昭子、藤本 亮、南野佳代、三輪敦子**
(五十音順)

要 旨

本稿は、科学研究費補助金基盤研究 (C)(1)「ジェンダー法学のアカウンタビリティ——アメリカの先駆者たちに見るその軌跡——」の2003年度の成果の一部であり、現実の法実施状況のなかで、ジェンダーをめぐる理念、法理論、問題設定などが持ちうる具体的な射程、可能性、問題性について、法社会学研究者を中心とした研究者らが各人の研究領域に引き寄せて検討し確認するための予備的研究である。第Ⅰ章は、女性の地位の向上やジェンダー平等に向けた取り組みのなかで、条約が大きな役割を果たしている状況を概観する。第Ⅱ章は、日本における強姦罪の問題点のうち、被害者の「抵抗」の問題を取り上げ、日米を比較しつつ検討する。第Ⅲ章は、労働規制法が暗黙に想定する労働者像を明らかにしたうえで、「人たるに値する生活」の現代的意義の考察の基礎づけを行う。第Ⅳ章は、アファーマティヴ・アクションが持つ一側面を米国大学スポーツのあり方を手がかりに検討する。

キーワード：ジェンダー、法、フェミニズム、女性差別撤廃条約、トランスナショナル・フェミニズム、強姦罪、セクシュアル・オートノミー、労働法、ケア、アファーマティヴ・アクション、大学スポーツ

はじめに

本共同研究は、科学研究費補助金基盤研究 (C)(2)「ジェンダー理論の法学教育への統合的モデル構築にむけた現状と課題の実践的研究」(研究代表者：京都女子大学現代社会学部南野佳代)をより深化・展開すべく企画された共同研究であり、ジェンダー法学の現状と課題を、その「アカウンタビリティを問う」ことによって、以下の三つの角度から光をあて検討しようとするものである。

第一の角度とは、まず、現実の法実施状況のなかで、ジェンダーをめぐる理念、法および法

* 本稿は、科学研究費補助金基盤研究 (C)(1)「ジェンダー法学のアカウンタビリティ——アメリカの先駆者たちに見るその軌跡——」(15530082)(研究代表者：京都女子大学現代社会学部澤敬子)の2003年度の成果の一部である。

** 執筆者の所属は以下である。(2004年6月現在)

| | | |
|------|--------------|-------|
| 澤 敬子 | 京都女子大学現代社会学部 | 講師 |
| 手嶋昭子 | 神戸女学院大学 | 非常勤講師 |
| 南野佳代 | 京都女子大学現代社会学部 | 助教授 |
| 藤本 亮 | 静岡大学人文学部法学科 | 助教授 |
| 三輪敦子 | 龍谷大学国際文化学部 | 非常勤講師 |

理論、問題設定などが、具体的にどのような射程、可能性、問題性、限界を持ちえているのかを、研究者らが各人の研究領域に引き寄せて検討・確認し、そのうえで、ジェンダー法学教育のなかにこれらの課題をいかに組み込んでいくかを考察する作業である。この作業については、先の共同研究においては対象国を米国に限定し、米国における多様なジェンダー法理論を組上に乗せた理論的検討という形でおこなったが、本共同研究においてはとくに対象国を統一することなく、あくまで研究者らの理論的興味に任せ進めている。

第二の角度とは、ジェンダー理論を教育制度や担い手の側から解き明かそうとするもので、米国の大学におけるジェンダー法学教育の担い手である研究者らにインタビューを行い、彼女らがジェンダー法学教育を行うようになった経緯、教育制度、教育における課題などを明らかにするものである。これによりフェミニズム法学が現在もはらむ課題を捉える一助とし、またそのうえでインタビューの結果を、米国でのジェンダー法学の教育制度史や教員任用制度、カリキュラムのあり方と関連させて検討し、米国でのジェンダー法学教育が現在のようないかなった要因を明らかにしていくことも目的としている。

第三の角度とは、従来の法学・哲学・政治学理論に対してジェンダー理論およびジェンダー法学が与えてきたそして現在も与えつつあるさまざまなインパクトを検討することによって、「女性の学」「女性のための学」ととどまらぬジェンダー理論、ジェンダー法学の射程を明らかにすることを目的とした理論的研究である。これにかんしては、現在、法学の基礎理念のあり方について共同研究者間の共通理解を深めることを目的とした予備研究の段階にあり、The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law (Oxford University Press, 2002) を共通文献として検討をすすめている。

現在、以上三つの角度からの研究会は、共同研究者と協力者計十余名のメンバーでそれぞれ分科会方式をとり進行中であるが、本稿は、このうち、第一の角度からの研究である、現実の法実施状況にみるジェンダー法理論の可能性と限界について、研究者のうち四名が各人の主たる研究領域に引き寄せて現時点での検討を行うものである。以下、各章のテーマは、Ⅰ．条約を活用する女性たち、Ⅱ．強姦罪の問題点——「女性に対する暴力の撤廃」という視点から、Ⅲ．「人たるに値する生活を営むための必要」——労働と家庭的責任試論、Ⅳ．アファーマティヴ・アクションの一側面——TITLE IXと大学スポーツ、である。(澤敬子)

Ⅰ．条約を活用する女性たち

1. はじめに

本稿では、1990年代以降における、女性の地位の向上やジェンダー平等に向けた取り組みのなかで、権利の実現を掲げたアプローチが積極的に採用されるようになり、そのなかで国家間の法律である条約が大きな役割を果たしている状況を概観する。

まず、世界の様々な地域で、「権利」が女性の状況を改善するための鍵として扱われるように

なった流れを説明し、女性のための「権利章典」とも呼ばれる女性差別撤廃条約を力に、女性たちが自らの権利の実現をはかるようになってきた状況を説明する。次に、そうした運動の具体例として、南部アフリカのジンバブエの取り組みと、日本の取り組みを紹介したい。最後に、このような、条約をよりどころとして女性たちが自分たちの状況を改善する動きをトランスナショナル・フェミニズムの運動のなかに位置づけて概観したい。

2. 「権利をよりどころにするアプローチ」の登場と女性差別撤廃条約

男女の平等や女性の状況の改善を目指す運動は、特定の国や地域に限定されない、世界的な動きになってきており、また国際的な連帯とともに推進されるようになってきているが、この動きを強力に後押しした取り組みとして、4度にわたって開催された世界女性会議、及び国連女性の10年等の国連による働きかけ¹⁾がある。第1回世界女性会議では世界行動計画が採択され、女性にとっての重要課題を「平等・開発・平和」の3テーマに集約した²⁾。また、国連女性の10年の半ば、1979年には女性差別撤廃条約が国連総会で採択され³⁾、女性が受けている差別の解消と権利の実現のために向けた国際的な合意文書となった。

こうした国際的な支援に励まされ、各国、地域では、女性の地位の向上に向けた様々な取り組みがおこなわれてきた。国連は、新興独立国家を中心とした「開発途上国」と分類される国々への支援を専門とする機関として、国連女性開発基金（United Nations Development Fund for Women：UNIFEM、以下ユニフェムと略称）を創設し、女性への支援をおこなってきた。設立当初、最重要課題として取り組まれたのは、女性が所得を得るための様々な活動を支援することによる女性の経済的自立であったが、それだけでは大きな効果を上げ得ないことが次第に認識されるようになり、意思決定への女性の参加や女性のリーダーシップ育成が重要視されるようになってきた。さらに、男女間の力関係が女性の生存をも脅かしかねない形で現れる「女性への暴力」への対応も重要課題として掲げられるようになってきた。

このような背景のなかで開催されたのが、1993年にウィーンで開催された世界人権会議であり、1995年に北京で開催された第4回世界女性会議である。1993年の世界人権会議では、「女性の権利は人権である（Women's rights are human rights.）」ということが改めて確認された。そして、1995年の第4回世界女性会議では、達成課題としてエンパワーメントが前面に押し出されることとなった。

こうした変化は、アプローチの変化をも必要とすることになる。権利の実現やエンパワーメ

-
- 1) 1975年に第1回世界女性会議がメキシコシティで開催され、1976年から1985年の10年を国連女性の10年とすることが決定された。その後、1980年にコペンハーゲンで第2回世界女性会議、1985年にナイロビで第3回世界女性会議、1995年に北京で第4回世界女性会議が開催された。
 - 2) この3つの課題は、お互い密接に関連するものであり、そのどれかが欠けても他の課題の実現が困難になるという性質のものであることが確認されたが、同時に、西側自由主義陣営が女性にとって最大の課題と考えた「平等」、新興独立国が最大の課題と考えた「開発」、東側社会主義陣営が最大の課題と考えた「平和」がそれぞれ盛り込まれた結果でもあった。
 - 3) 山下泰子（1996年）『女性差別撤廃条約の研究』尚学社、78頁。

ントは、何らかの形で社会の変革を伴わざるを得ないことが多い。女性たちの日々の生活を改善するための現実的かつ具体的な活動ではあるが、男女間の力関係の変化や、ジェンダー関係の変革には結びつくことが少なかった草の根レベルでの経済的自立支援とは、かなり質を異にする活動が重視されるようになってきたのである。国家の政策レベルに及ぶ大きな流れを変えるためには、女性の問題を重要課題として取り上げる、あるいは主流化（mainstreaming）することが必要であり、そのためには様々な場やレベルにおける意思決定に女性の声が反映されるようになることが必要不可欠である。

しかし、法律を含む社会の制度や慣行の変革は容易ではない。男女の力関係の変革をもはらんだそのような変化には抵抗がつきものである。抵抗勢力は、「文化」や「伝統」という言葉を持ち出し、「この国（地域）にはなじまない」として運動を封じ込めようとする。そうした動きに対し、「女性の権利は人権である」とのスローガンの拡がりとともに用いられるようになったアプローチとして、「権利をよりどころにするアプローチ」あるいは、権利基底的アプローチ（rights-based approach）がある。そして、その運動のなかで、権利のよりどころとして広く用いられるようになったのが、女性差別撤廃条約である。

女性差別撤廃条約は、前述の通り、1979年に国連総会で採択され、1981年に発効した⁴⁾。2004年6月現在、177カ国が批准している⁵⁾。条約は、国家が国際社会において遵守と実現を表明した文言であり、署名すれば、条約の内容に沿って国内法を整備することが求められるなど、国内における条約の内容の実現を推進する義務が課せられる。女性差別撤廃条約では、実施状況を確認するために、加盟各国に4年に一度の報告書の提出を義務づけており、この報告書を専門家から構成される女性差別撤廃委員会で討議し、政府には委員会から今後の実施に関する勧告が出される。こうした報告書や討議、そして勧告は、各国の女性の状況に直接的な影響を与えうる重要な役割を担っているが、各国女性はこのような動きについてほとんど知る機会がなかったのが、これまでの実状であった。日本の女性のなかでも、女性差別撤廃条約の存在と女性の生活に与える意義を知っている人は決して多くないと思われるが、教育を受ける機会が十分保障されておらず、女性の識字率が男性を大きく下回る国々が多い「途上国」ではなおさらである。そのような存在であった条約を糧に、女性の権利の実現を図り、状況の改善ひいてはエンパワーメントを実現しようという取り組みが世界の様々な地域でおこなわれるようになってきている。宗教や慣習が異なる国、地域で、女性たちが女性差別撤廃条約の実施を政府に迫るといったアプローチにより、自分たちの権利の実現をはかろうとしている取り組みの例を、次にみてみたい。

4) 山下泰子、前掲書、79頁。

5) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm>（2004年6月1日検索）。

3. ジンバブエの経験

ジンバブエは1991年に女性差別撤廃条約に批准し⁶⁾、1998年に第1回目の政府報告の審議が女性差別撤廃委員会でおこなわれた。ジンバブエにおいて、女性差別撤廃条約の実現に取り組み、政府に働きかけているNGOとして、ジンバブエ女性行動グループ（Zimbabwean Women's Action Group、以下WAGと略称）がある。女性の権利の実現を理念に掲げ、1983年の設立以来、約20年にわたって活動してきている⁷⁾。

WAGが女性差別撤廃条約に関しておこなっているロビー活動は、(1)政府報告を、より女性の現実を反映したものにする、(2)女性差別撤廃委員会での委員と政府のやりとりを傍聴し、政府が国際的な場で表明する意見を監視・確認する、(3)国内において政府が条約実施に向けた努力をおこなうよう監視するとともに協力するという3つの柱から成り立っている⁸⁾。

まず、WAGを中心としたNGOは、シャドウ・レポートを作成し、国連に提出される政府報告が、より女性の声を反映したものになるよう働きかけた。条約や国際会議で義務づけられている政府報告は、通常、政府の担当部局が作成するが⁹⁾、こうした報告をいかに広汎な女性の声を反映したものにするかが、近年、重要視されるようになってきている。ジンバブエ政府は、WAGのシャドウ・レポートを受け取り、行政官との協議の場を設定し、シャドウ・レポートの記述を盛り込む形で政府報告を完成させた。

さらに、WAGは、ニューヨークの女性差別撤廃委員会でのジンバブエ政府報告審議の場にも臨み、委員の質問に対して、政府がどのように答えるかも確認した。こうした活動を「途上国」の女性たちがおこなうのは簡単なことではないが、条約を活用する「権利をよりどころにしたアプローチ」の広まりによって、国際機関や援助機関がこうした活動を積極的に支援するようになってきている。WAGの委員会参加については、ユニフェムが支援をおこなった。

こうして、多面的なロビー活動を繰り広げたWAGだが、1998年1月のニューヨークでの報告書審議後、一つの危機が訪れる。成人女性と男性に平等な権利を保障した国内法である法定成年法（Legal Age of Majority Act：以下LAMA）の見直しと改定が、政府により国会に上程され、同法撤廃の動きが現れたのである¹⁰⁾。国際的な場での約束を履行する責任を全く放棄した政府の態度に対し、WAGを始めとする女性NGOは抗議の声を上げ、メディアを活用したキャンペーンを開始した。政府の二枚舌とも言える内外での異なる態度を訴えたキャンペーンは幸いなことに功を奏し、法務省はLAMA見直しの撤回を表明した¹¹⁾。活動の3つの柱のうちの3番目に関し、重要な成果を上げたWAGら女性NGOは、この経験に学び、政府が確実に女性差別撤廃条約の実施をおこなうよう、協力して取り組んでいくことにしている。

6) 山下泰子、前掲書、688頁。

7) <http://www.wag.org.zw/index.htm> (2004年5月20日検索)

8) UNIFEM(1998) *Bringing Equality Home: Implementing the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, NY: UNIFEM, p. 35-37.

9) 日本では、内閣府男女共同参画局が作成する。

10) UNIFEM, *supra* note 8 at 36.

11) UNIFEM, *supra* note 8 at 36.

4. 日本の経験

日本でも女性差別撤廃条約を活用して、女性の権利の実現を求める動きが少しずつ広がっている¹²⁾。そして、2003年末、女性差別撤廃条約に勇気づけられて行動を起こした女性たちの闘いが大きな成果を上げた。男女間の賃金差別の解消を求めた住友電工裁判が、原告側勝利と言える内容で、高裁による和解勧告を受け入れ、決着したのである。

この裁判は、高卒で事務職として住友電工に入社した女性2人が、同じように高卒で事務職として入社した男性に比べて研修や昇格の機会を与えられず、結果として最大月額24万円もの賃金格差が生まれていることを不服として、会社と国を相手取り起こされた裁判である¹³⁾。

裁判という手段に訴える以前、原告らは、女性差別撤廃委員会で日本政府の報告書が審査されることを聞き、日本の女性の現状を訴えるためにニューヨークに赴いた。1994年のことである。その際に、女性差別撤廃委員と会い、原告たちが受けているのは「間接差別」であり、女性差別撤廃条約に照らして是正の必要があることを知らされた。このことに励まされ、原告たちは、帰国後、当時の労働省婦人少年室に、雇用機会均等法に基づく調停申請をするが、採用区分の違いを理由に調停の不開始が決定された¹⁴⁾。こうして提訴以外に差別を是正する道はないと感じ、裁判に踏みきるわけであるが、提訴を方向づけた重要なきっかけは、女性差別撤廃条約との出会いであった。

1995年8月に起こされた裁判は、2000年7月に大阪地裁で請求棄却との判決が下された。判決では「男女別コース制は、憲法14条の趣旨には反するが、昭和40年代においては公序良俗違反とはいえない」との判断が示されたが、原告側にとっては、社会通念を理由に差別を正当化する受け入れがたい内容であり¹⁵⁾、原告は控訴した。そして、2003年12月、(1)コース別雇用管理が実質的に性別による雇用管理にならないように、労使協議により必要な取り組みを続けていくこと、(2)原告らに対する昇格の実施等を会社を求める内容での和解が成立した¹⁶⁾。

この裁判の過程において、原告たちの力になったのは、女性差別撤廃条約の文言と、女性差別撤廃委員からの励ましであった。さらに、国内の支援者に加えて、女性差別撤廃委員会の審議に参加しようと各国からニューヨークに出向いてきている女性たちとの出会いが原告らを支えた。

5. 条約の活用とトランスナショナル・フェミニズム

条約の存在を背景にした「権利をよりどころにするアプローチ」が、具体的にどのような展

12) 日本は、女性差別撤廃条約に1980年に署名、1985年に批准した。(山下泰子、前掲書、313頁)

13) 西村かつみ他(2004)「和解解決に当たっての原告声明」『CEDAWと住友電工裁判』ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク、90頁。

14) ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク(2004年)「ワーキング・ウィメンズ・ネットワークからCEDAWへの手紙」『CEDAWと住友電工裁判』ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク、2頁。

15) ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク、前掲書、5頁。

16) ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク(2004年)「裁判長からの和解勧告」『CEDAWと住友電工裁判』ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク、85-86頁。

開を見せたかについて、ジンバブエと日本の事例を紹介した。このような女性たちによる運動は、シャリーアと呼ばれる宗教法が存在するイスラーム圏の国々でも拡がりをみせている。「権利」「人権」といった言葉が、「西洋の」「輸入された」考えであるとして、非西洋の国々や地域では女性の運動を後押しする概念ではなかった時代が長かったことを考えれば、大きな変化である。各国政府が国際的な場で約束した「条約」の遵守を迫り、政府のアカウンタビリティを問うことにより、女性の権利の実現を図るというアプローチの拡がりは、それ以外の方法では女性の権利に抵抗する国内の勢力に立ち向かうのが困難であるとの事情も反映した動きである。「文化」や「伝統」にはなじまないとして、女性の権利を阻む動きは様々な国や地域に存在する。国際的な場での約束である条約は、そうした抵抗を覆すことができる有効なツールなのである。

さらに、国際的な運動の拡がりを後押ししているものとして、1990年代がもたらした大きな変化である通信技術の進歩がある。一瞬にして、何千万もの人とのつながりを可能にするインターネットや電子メールを活用して、自分たちの活動を伝え、他の地域での活動から学ぶ、あるいは協力する、また、そこから力を得て、自分たちの活動を強化するという女性たちの動きには、異なる場所の異なる状況に置かれた女性たちと連帯することによる新たな運動の拡がりがみてとれる。文化も宗教も異なる様々な国や地域の女性たちが、女性差別撤廃条約を力に、お互い励まし合いながら、それぞれのやり方で権利の実現を図るこうした動きは、トランスナショナル・フェミニズムの拡がりという文脈で理解することが可能だろう。それぞれの国や地域の独自性を尊重しながら、連帯と協力で結ばれている様々な動きは、「文化」や「社会通念」を理由とした差別の温存に対抗する有効なアプローチとして、今後も拡がりをみせていくと思われる。住友電工裁判の例でみたように、日本の女性の運動とも様々に交錯しながら進展し、この国に住む女性の地位の変革に大きく貢献する可能性を秘めている。(三輪敦子)

II. 強姦罪の問題点——「女性に対する暴力の撤廃」という視点から

1. はじめに

女性に対する暴力の撤廃は、今日、世界的な重要課題の一つである。しかし、女性の人権が語られ、多くの社会で人々がその問題に目を向けるようになってからも、女性に対する「暴力」に関しては、長く人権問題として認識されて来なかった。1979年に採択された女性差別撤廃条約にさえ、女性の暴力に関して直接触れた規定はない。その後、さまざまなNGOフォーラムや国際機関での会議において、女性に対する暴力の問題が取り上げられ、1993年に国連総会で『女性に対する暴力の撤廃に関する宣言』が全会一致で採択された。同宣言は、女性に対する暴力が、男性の女性に対する支配及び差別並びに女性の十分な地位向上の妨害につながってきたこと等を認め、女性に対する①家庭内における暴力、②一般社会の中における暴力、③国

家による暴力を、国は非難し、撤廃する義務を持つとしている¹⁾。

日本では、女性差別撤廃条約を受けて、1999年に「男女共同参画社会基本法」(以下、基本法)が施行された。基本法3条の「男女の個人としての尊厳が重んじられること」に、女性に対する暴力の禁止が含まれるとされている。同年には、「児童買春、児童ポルノに係わる行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」も施行された。続いて2000年には「ストーカー行為等の規制等に関する法律」と「児童虐待の防止等に関する法律」が施行され、2001年には「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」が成立した。日本でも、女性や子どもなど、社会においてより弱い立場にある者が、日常的に身体的暴力および性的暴力の犠牲になっている現状が認識され、その防止のため社会全体が真剣に取り組む必要があることが理解されつつある。

しかしながら、このような特別法ではなく、刑法の分野において、女性に対する暴力の問題、とりわけ性暴力の問題に対する認識は、深化しているのだろうか。米国においてレイプ法(Rape Law)がたびたび改正され、特に1970年代以降、フェミニストたちの先導によって重要な改正が各州で行われたのに比べ、日本の強姦罪(刑法117条)は明治40年以来、規定に変更は加えられていない²⁾。強姦罪の保護法益に関しては、かつて性的秩序ないし性風俗という社会的法益を擁護するものと理解されていた³⁾が、現在では、個人の性的自由あるいは性的自己決定権であるといわれている⁴⁾。その解釈、運用に関しても、個人の性的自由の保護という観点に即した変化は若干あるものの、「女性に対する暴力」の抑止、という視点から見たとき、未だ不十分であることが指摘されている⁵⁾。

2. 強姦罪の問題点—抵抗の要件

日本における強姦罪の問題点は多々あるが、本稿ではその中でも、被害者の「抵抗」の問題を取り上げ、日米を比較しつつ検討することにした。強姦罪における被害者の抵抗の有無は、米国では、レイプ成立の判断基準とされてきた⁶⁾。すなわち、被害者の抵抗が、レイプの成立要件である「暴力」や「脅迫」あるいは「不同意」を示すと考えられてきた。かつては、「最大限の抵抗」が要求され、被害者は全ての身体的能力と機能を駆使して抵抗しなければならず、仮

1) 山下泰子(2003)「女性差別撤廃条約採択後の国際人権の展開」『ジュリスト』1237号、32-34頁。

2) 明治期の強姦罪規定の変遷については、谷田川知恵(2000)「性的自由の保護と強姦処罰規定」『法学政治学論究』第46号、509-513頁参照。

3) 「強姦罪の罪は人格的自由に対する侵害である」としながらも、「その処罰の根本理由は結局其の風俗を害する点にあるもの」とする理解が一般的であった。小野清一郎(1946)『全訂刑法講義』有斐閣、521-522頁。

4) たとえば、大塚仁他編(1992)『大コンメンタール刑法 第7巻』青林書院、4頁。「性風俗ないし性秩序を害するという側面がないわけではないが、それはむしろ副次的なものであり、本質的には個人の性的自由を侵害することを罪質とする個人的法益に対する罪として理解されるべき」とする。

5) 角田由紀子(2001)『性差別と暴力』有斐閣、180-209頁参照。

6) 米国のレイプ法に関しては、Estrich, Susan(1987) *Real Rape*, Harvard University Press(中岡典子訳『リアル・レイプ』JICC出版局、1991年)、Schulhofer, Stephen J.(1998) *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press参照。

にそのような抵抗が行われれば、性行為は不可能であるとさえ考えられていた⁷⁾。1950年代から1960年代になると、そのような抵抗を被害者に求めることで、加害者の暴力がエスカレートし、被害者が死や重大な身体的損害をこうむる可能性が高まることがようやく司法の場でも理解されるようになり、「合理的な抵抗」へと要件が緩和された。恐怖のために凍りついたようになり抵抗したくてもできない状況や、抵抗することでかえって加害者を刺激する可能性がある場合には、被害者は抵抗しなくてもよいことが認められたのである。さらに、70年代の改正によって、いくつかの州では抵抗の要件が廃止され、その後もレイプ法をめぐる議論では、抵抗の要件を排除せよという意見が強い。

日本の強姦罪においても、被害者の抵抗の有無が重視されてきた。これに対する批判も既に多々なされている。しかし、例えば、町野は、〈1〉被告人が無罪となった事例で、「やめてくれ、帰らせてくれ」と泣く女性を押し倒して性行為を強要したケース（広島高判昭和53年11月20日判時922号111頁）や、〈2〉被害者は全治3日を要する背部圧創、右上膊圧痛、肛門出血等の傷害を負ったが、明白な暴行がなかったとされたケース（山口地判昭和34年3月2日下刑集1巻3号611頁）、〈3〉おれは刑務所から出てきたばかりだ、言うことを聞かなかったらどうなるかわからない、親兄弟を殺してでも連れ戻す、と言ったケース（大阪地判昭和46年3月11日判タ267号376頁）、〈4〉騒いでも無駄だ、キスさせてくれないと朝まで帰さない、服を破って帰れなくしてやると言ったケース（大阪地判昭和47年3月27日判タ283号332頁）、などを挙げて、「被害者は…いずれも積極的な抵抗を示していない。…このような場合は行為者としては被害者が本当に姦淫されるのを拒絶していないのではないかと思ったとしても、あながち不合理ともいえない」と述べている⁸⁾。町野は強姦罪を性的自己決定権の侵害と捉えているようだが、ここで強姦罪成立の判断基準としているのは、上記のようなケースにおいて、被害者の自由な性的決定が加害者の言動によって妨害されているか否かではなく、男性の視点から見たとき、当該状況においてその女性が同意していないと判断できるかどうか、にあるように思われる。〈1〉のように明白な言語上の抵抗もあり、しかも泣いている女性に対し、「同意がある」と考えるのが、「合理的」とであるとすれば、それはいかなる判断基準に基づいて評価された合理性だろうか。加害者の判断の「合理性」によって強姦罪の成否を決するのであれば、「合理性」それ自体の判断基準が、女性一般にとっても了解可能なものである必要がある。そうでなければ「合理的」とは言えないであろう。いわゆる強姦神話として批判されている性をめぐる俗説や、旧来の男性優位の性道德ではなく、強姦罪の保護法益と謳われている「性的自由」あるいは「性的自己決定権」の視点から、判断基準が抽出されるべきではないだろうか。

7) このような固定観念は強姦神話と呼ばれている。詳しくは、東京・強姦救援センター編（1990）『レイプ・クライシス』学陽書房、75-111頁、杉田聡（2003）『レイプの政治学—レイプ神話と「性=人格原則」』明石書店、15-43頁。

8) 町野朔（1996）『犯罪各論の現在』有斐閣、296-298頁。

3. 財産権侵害との比較

刑法177条は、被害者の「不同意」と加害者の「暴行・脅迫」を強姦罪の要件としているが、同様に米国の多くの州でも、このような「不同意」プラス「暴力」がレイプの構成要件とされてきた。これをマッキノン⁹⁾は、「サド=マゾヒスティックなセックスの定義を前提としている」と評している⁹⁾。不同意と暴力の両者がそろってはじめてレイプとなるということは、いくら暴力がふるわれても相手の同意があればレイプではない、ということ意味する。日本の強姦罪も状況は基本的に変わらない。谷田川が指摘するように「暴行・脅迫によって真摯な承諾がなされるということは考えられない」し、「およそ性交には有形力が付随しても、暴行は付随しない」¹⁰⁾と思われるが、日本の判例・学説は必ずしもこのような立場に立っていないようである¹¹⁾。

ところで、「暴行・脅迫」によって要求されている目的物が、性交ではなく、金銭であった場合、法はどのような対応をしているのだろうか。日本の場合、強要罪（刑法223条1項）の構成要件である「暴行・脅迫」は、被害者の犯行を抑圧する程度のものであることを要しない、と解されている¹²⁾。米国においても同様に、金銭目的の場合は、被害者が抵抗したか否かは問われない。さらに、強要罪のケースは、警察に届け出る、関係機関に告発する、自力救済を試みる等、他に利用可能な選択肢があるのが普通であるが、そのような場合でも、他の方法を選択することなく要求に屈した相手方は、あくまで強要罪の被害者として扱われる。シュルホーフ¹³⁾は、金銭目的の場合に犯罪とされる脅迫行為は、性交目的の場合にも許されてよいはずがないと主張し、性的な要求の場合でも、脅迫の内容が、相手が当然に有する法的権利を侵害するものであれば、抵抗の有無、他に利用可能な選択肢の有無に関わらず、相手方の自由な性的選択をなす権利の侵害行為として、犯罪を構成すると考えるべきだと提案する¹³⁾。

なぜこのように、財産権侵害の場合と、性的自由の侵害の場合とで、刑法は全く異なる対応をしてきたのだろうか。一つには、犯罪となる性行為とは何かを判断する際に、当然参照されるべき、「通常」の性行為、「合意」ある性行為がどのようなものと考えられているか、という問題である。暴力を振るわれて金銭を強取されたとき、そこに同意があるとは通常考えられない。しかし、暴力を振るわれて、あるいは、脅迫されて、性交が行われたとき、それでも相手には同意があるかもしれないと考える性文化の中で私たちは生きているということである。だからこそ、抵抗という外形的行為によって不同意を示さなければ、同意していないことを信じてもらえない。上記の判決のようなケースが、犯罪とならず社会的に許容されるのだとすれば、

9) Mackinnon, Catherine A. (1989) *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 172.

10) 谷田川、前掲論文517、518頁。

11) 日本の強姦罪では、「暴行・脅迫」は、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」のもので足りるとされており、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」とは、「被害者の年齢、精神状態、行為の場所、時間等諸般の事情を考慮して、社会通念に従って客観的に判断されなければならない」とされている。大塚他、前掲書69頁。

12) 木村光江（2003）『刑法[第2版]』東京大学出版会、239頁。

13) Schulhofer, supra note at 129-131.

そのような法制度の下で、私たちの社会は「女性への暴力」を撤廃することができるのだろうか。

4. 性的自由とは

シュルホーファーは、セクシュアル・オートノミーを人権の中核的要素と捉え、概念構成に正面から取り組み、多様な性的状況を分類しながら、いかなる場合に、セクシュアル・オートノミーの侵害として当該性行為が犯罪となるのかを詳細に分析した。シュルホーファーの主張によれば、セクシュアル・オートノミーは、三つの側面を持つ。第一は、成熟した理性的な選択を合理的になす内的能力、第二は許されないプレッシャーや強制からの外的自由、第三は個人の身体的境界、身体的完全性 (bodily integrity) である¹⁴⁾。

第一の側面は日本で言えば準強姦罪や法定強姦罪の問題に該当する。第二の側面が、不十分ではあるものの、強姦罪によって扱われる問題である。しかし、第三の側面に関しては、日本では十分に認識されていないのではないと思われる。第三の側面は、たとえ、自由な性的選択を妨害するような暴力や脅迫がなくても、相手の有効な同意を得ているのか確認することなく、性行為をなすことは、それだけで相手のセクシュアル・オートノミーを侵害している、と評価するものである。自分の身体に対してコントロールする権利を持っているのは自分だけであり、誰も本人の同意なく他者の身体に触れてよい権利などもっていないのである。明白な同意の意思表示がないにもかかわらず、相手に対して性的行為をなす権利を認める必要とは一体何だろうか。この観念が刑法上理解されるか否かが、おそらく日本において、「女性に対する(性)暴力」の撤廃にどこまで法が対応できるかの、試金石の一つとなるのではないと思われる。(手嶋昭子)

Ⅲ. 「人たるに値する生活を営むための必要」¹⁾ ——労働と家庭的責任試論

1. 法の労働者像の歴史的変容

現代社会においては、使用者と労働者という権力的に非対称な関係に国家が介入し最低限の労働条件を法的に取り決め、使用者に対してその遵守を義務づけることは、当然のこととみなされている。だが、このような社会法と呼ばれる領域の法制度は、資本主義経済が発展し始めた頃には存在しなかった。それは、資本主義経済が産業化というかたちで、それまでの労働のあり方を大きく変容させ、さまざまな問題を引き起こしたことへの事後的対応として展開してきた法体系なのである。

それでは、社会関係に国家が介入するという意味で現代法の典型である労働法の生成以前の

14) Schulhofer, supra note at 111.

1) 労働基準法第1条 労働条件は労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきものでなければならない。

近代法において、労働者たちはどのように捉えられていたのだろうか。産業化に伴い単純非熟練労働者が出現し、その労働条件は劣悪なものであった。労働者として成人男性はもちろん、より安価な労働力として女性、子どもも工場や鉱山といった危険で厳しい肉体労働のために雇われていた。そこでは、労働者は自己の所有物である労働力を「自由意思」に基づいて対価である賃金と交換する契約を締結していた。そのような関係は、私的自治であり、その意味で自由で対等な関係にある当事者間の取り決めとして、法は介入することを自制したのである。

しかし、主として子ども、女性労働者をきっかけとして、労使関係への法的介入が始まった。子どもについては近代的孩子観に基づき、あるいは将来の労働者・兵力としての質を確保するという国家の意図により、工場や鉱山での労働が禁じられた。女性については、近代社会のジェンダー構造化とともに、子どもを愛情をもって養育すべき存在として、あるいは家庭における再生産労働の担い手として、また、男性労働組合による競争相手の排除の結果として、労働時間制限、賃金制限の対象とされていく。このような男性労働者との差異に基づく処遇の区別は、一方で女性労働者の二流労働力化を生み出した。他方、法的に保護が必要な身体をもつ存在が認知されることによって、労働法の端緒となる法的主体像が導入されたのである。

すなわち、近代法においては自由で使用者と対等な関係にあり、好きなだけ労働力を売り渡すことができるいわば「不死身」の労働者が、実は使用者とは権力的に非対称な関係にあり、自由意思による契約とはいえないこと、一日に処分できる労働には限界があり、無制限に売り渡すことは不可能であることが、法的に認知されたのである。これが現代法である労働法の基礎にある主体像であり、だからこそ法的介入によって労働者が人たるに値する生活を営むべき条件を労働契約に課したのである²⁾。

2. 所有と労働の交換可能性

労働基準法を初めとする労働規制にかかわる諸法は、上述のようにおんな・子どもの弱者としての——つまり、暗黙の基準としての男性労働者より劣る労働者としての——位置づけに端緒をもっていた。現在、子どもの労働は少なくとも先進資本主義諸国においては論外であるが、女性労働者の位置づけは、その後、特別な法的保護が必要な弱者から、母性という女性に特有な身体的能力に関する配慮がなされることがあるが、それ以外は特段の保護を必要としない労働者へと変わったといえる。日本においては、労働者としての女性の位置づけのこのような変化は、雇用機会均等法の改正とそれに伴う女性の深夜業等の制限撤廃とにあらわれている³⁾。

このような制限の撤廃は、女性を男性並み労働者として位置づける。一方ではもはや差別的処遇が合法的に根拠づけられることはないとして歓迎され、他方では女性を男性並みとすることではなく、男性を女性並みとすることで法上の差別的扱いをなくすべきであったと批判され

2) 南野佳代 (1996, 1997) 「近代家族と女性労働者——保護と身体化」(一)(二)『法学論叢』139巻6号43-60頁、142巻1号82-103頁。

3) たとえば、浅倉むつ子 (1999) 『均等法の世界』有斐閣、相澤美智子「雇用差別」(2003) 浅倉むつ子監修『導入対話によるジェンダー法学』不磨書房第3章。

た。つまり、男性並みに働くことが法的に可能となった以上、家庭責任が圧倒的に女性にかかっている現状では、結局女性が二重負担に耐えるか、家庭責任を優先して不利益に甘んじるか、どちらかであって、男性が家庭責任を半分負担することへの動機づけにもならないし、ましてやジェンダー構造を変革することからは遠いという批判である。

前者の見方は労働の領域のみを対象としている点で、ジェンダー化された社会構造は視野に入りにくく、従来の男性中心主義的労働法⁴⁾に対して何の疑問も提示しえない。後者の見方は、ジェンダーの視点を取るものであり、従来の法学の基礎的前提への問題提起を含むものと評価できよう。この視点からは、家庭責任と労働の調整を図ろうとする育児・介護休業法等は男女が取得可能である点を評価し、実態として男性の取得がごく僅かであることを改善していくすべを探ることで、男女の労働と家庭責任負担との平等化を進めることを目指すだろう。

ただ、ここで指摘しておかねばならないのは、この後者の視点においても、従来の近代法の暗黙の前提が共有されていることである。それは、近代法においては、なんらかの価値あるいは損害は金銭に換算可能であるということである。それは、近代的所有に係る法に貫徹する原理である。たとえば、契約の不履行によって相手方に損害を与えた場合は、金銭による損害賠償が原則である⁵⁾。不法行為によって被害者に身体的障害を与えてしまった場合も、金銭的に賠償することができるのであり、精神的苦痛でさえも慰謝料として金銭的に解決可能なのである⁶⁾。また、とくに離婚後の共同親権の規定がない日本においては、離婚に際して親権者とならなかった親が子どもに対して責任を果たすための方途は、養育費という金銭支給が法的には主流となっている⁷⁾。

つまり、人が果たすべき責任や償いは金銭によって代えることができるというのである。このことは、労働関係諸法においても概してあてはまるだろう。たとえば、労働時間の規制は、労働基準法36条によるいわゆる三六協定によって残業などの条件につき労使が合意することができるが、その条件は、時間外労働について一定の増し賃金を支払うことである。すなわち、時間外労働に要する労力と時間は、増しされた金銭支給によって償還可能なのである。しかし、同じ労働者が担う家庭責任——その実態は、再生産労働という不払い労働であり、その対象は、当該労働者自身も含む、生身の人間である——は、多くの家事労働が外部化され、金銭と交換可能になっているとはいえ、その性格上、再生産労働の本質的部分はケア労働である。人間を対象としたケアの核にあるべきものは、金銭と交換不可能ではないだろうか。

それは、第一に、ケアを仲立ちとした、多くは依存関係における情緒的交流は金銭に直ちに交換することはできない。第二に、それと関連して、特定の親密な関係の価値とは、特定の人

4) 浅倉むつ子前掲書（2003）「プロローグ」、とくに7-11頁。

5) 民法417条。

6) 民法709条、710条、711条、722条参照。この問題については、阿倍昌樹（1994）「法的思考様式と日常的道德意識」棚瀬孝雄編著（1994）『現代不法行為法』有斐閣23-39頁参照。

7) 民法819条。このような子どもへの親の責任の取り方の適切性については、さしあたり、シンポジウム「子どもの立場から見た家事手続きのあり方」（2004）『判例タイムズ』1145号4-41頁、棚瀬一代 基調講演「離婚と虐待にみる子どもの権利の日米比較」参照。

と人との間でなければ成り立ち得ない、交換不可能性にある。第三に、ケア労働には本質的に、信頼関係が必要だが、信頼関係はケアを仲立ちにして常に生成され続ける必要がある。つまり、信頼関係を基礎として成立するケア関係には一定の時間が必要なのである。これらを考慮すれば、家庭責任を、ケア関係が「健全な」、両者の満足いく形で果たそうとするならば、時間は極めて貴重な資源である。ケア責任を果たすためには、金銭に置き換えられてはならない時間が確保されねばならない⁸⁾。

3. 「人たるに値する生活」

前節で述べたケアの時間という観点は、依存関係を含むケア関係、特に、子どもという親の養育を必要とする存在がかかわる場合には、特に重視されるべきである。それは、子どもの育ちという観点からは、子どもの権利条約にみられるような子どもの権利としての、第一義的には家庭における養育を保障するという面をもつのである。子どもの保育の権利の保障のあり方としては、一方で公的保育サービスを初めとする、養育の社会化、社会権としての養育を受ける権利の保障⁹⁾ という方向と、他方で親による養育を保障するために各種の給付によって、親が休業あるいは退職して養育を行うことができるようにする方向とが考えられる。

現実には各国はこのどちらかに重点を置く、あるいは親が選択することができるように制度を設計しているようであるが、ここでは紙幅の都合上、立ち入らない。ただ、子どもにとってより安全な制度は、親が選択することができる制度であると考え。というのは、親が自己犠牲と覚悟することが子どもとの関係に悪影響を及ぼすことはいままでもないが、選択できるような社会であれば、どのような場合であっても、子どもと親とに、非常口が用意されると思われるからである¹⁰⁾。また、とくに日本の場合は、ジェンダーによる分業が強固であり、男女が公平に家庭責任を分かち合うことを目指すこととの両立には、やはり社会的子育ての充実が欠かせないことも忘れてはならないだろう。

子どものための施策とは、子どもへの直接のサービス提供とともに、子どもが家庭で、また地域で、大人たちに見守られながら成長することができる環境を整えることである。それが、大人にとっても、精神的にも肉体的負担の面でも、よりよい環境を作り出すことになる。それは、豊かなケア関係を通じて、ケア関係にある両当事者がより豊かに健やかに生活することにつながるはずである。そのためには、労働法は、時間外労働の時間は金銭と交換できないことを宣言すべきである。仮に、労使の合意に基づき、やむをえない状況で時間外労働が発生した場合には、割り増し賃金ではなく、時間で贖われるべきである。つまり、休暇時間の割り増しと確実な取得の実現である。そのことが、労働者が家庭責任を果たす、そして地域における住

8) 池本美香 (2003)『失われる子育ての時間』勁草書房。ただし、著者の「働く権利」の定義（明示には行われていない）は、筆者は狭すぎると考えている。

9) 許斐有、望月彰、野田正人、桐野由美子編 (2002)『子どもの権利と社会的子育て』信山社、とくに序章、終章参照。

10) 同上、第2章。

民としての市民的責任を果たすための時間を確保することにつながるよう、その他の手当が必要となろう。それは、労働基準法が謳う「人たるに値する生活」の現代的再定義を求め、生活世界からの市民社会の再構築へとつなぐことではないだろうか。(南野佳代)

Ⅳ. アファーマティヴ・アクションの一側面——TITLE IXと大学スポーツ

1. はじめに

合衆国の大学、とくに総合大学におけるスポーツ¹⁾は、単なる学生の課外活動にとどまらず、大学経営上の重要な宣伝媒体であり、また人気スポーツの入場料収入やテレビ中継料は、大きな収入源ですらある。各大学の体育局長は、学長と並び地元メディアに登場する機会も多い²⁾。1972年にニクソン大統領が教育改革法第9編 (Title IX of the Education Amendments Act of 1972) に署名して以降、NCAAで活躍する女子選手の比率は、同年の7%から、1978年には33%まで増加した。4年制大学で、1981年から1989年にかけて、女子大学スポーツへの参加は、女子進学率増加³⁾の倍の速度で増加した。競技ごとのチーム数で数えれば、同期間に女子チームの数は、5695チームから9479チームに、3784チームも増加したのである。これに対して男子チーム数は、わずか36チームの増加で、結果として9149チームとなった。チーム数で数えれば、女子チームの方が多くなっていることになる⁴⁾。こうした現象はTITLE IXの規定違反を各大学が避ける動きを取ってきたことによる。しかし、そもそもTITLE IXは、アファーマティヴ・アクションを目指したものではないし、大学スポーツに特に言及したものでもなかった。むしろ、単純な反性差別立法であった⁵⁾。それがなぜ、このような形で展開してきたのかの歴史的経緯を本稿では簡単にではあるがたどることにしよう。

2. TITLE IXと行政解釈

TITLE IXは、「合衆国のだれも、性を根拠として、連邦資金による援助を受けているあらゆる教育プログラムや活動への参加から排除されたり、その便益を否定されたり、そこでの差別

-
- 1) 本稿では、特に言及しない限り、大学代表チーム (Varsity Team) としての競技スポーツを意味する。
 - 2) その大学の規模や体育局予算規模等により、多くの総合大学は、NCAA (全米大学体育協会) あるいはNAIA (全米大学競技連盟) のどちらかに加盟している。それぞれの全米組織は、各加盟大学チームの練習時期や時間、公式戦出場条件としての成績条項などを含む独自の規制を行っており、出場停止処分などのサンクションも行使する。法社会学的にとっても興味ある対象である。
 - 3) 同期の男子学生の進学率の伸びは6%、女子学生は30%である。Ganzi, Danielle M. (2004) "Note: After The Commission: The Government's Inadequate Responses To TITLE IX's Negative Effect On Men's Intercollegiate Athletics." 84 *BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW* 543, n87.
 - 4) これらの統計は、Ganzi, supra note、数では1998年度で男子が232000人、女子が163000人と男子選手の方が多い。選手数では1998年度で男子が232000人、女子が163000人と男子選手の方が多い。
 - 5) Rozum, Kristin (2003) "Comment: Staying Inbounds: Reforming TITLE IX In Collegiate Athletics." 18 *WISCONSIN WOMEN'S LAW JOURNAL* 155, 155.

対象となるべきではない」⁶⁾と規定し、ほとんどすべての教育機関が対象となる⁷⁾。立法過程において、繰り返し議論されていたのは、これは「人数割当」規定ではないということであった⁸⁾。

1975年に、Javiz改正法によって、TITLE IXにかかわる規則制定権限が健康教育福祉省（Dept. of Health, Education, and Welfare 以下HEW⁹⁾）に与えられ、同年、同省の公民権局が、大学スポーツも対象とする規則を発表した¹⁰⁾。これは「学校間、大学間、クラブあるいは学内スポーツを運営あるいは支援する受納者は、両性に対し等しいスポーツの機会を与えなければならない」と規定し、この両性に対する「等しさ」がチェックされるべき10の要素を掲げた。その一つめが「スポーツの選択と競技レベルが効果的に両性の関心と能力に配慮されたものであるか」¹¹⁾という要素であった。このあいまいな規定が多くの不満を呼んだため、公民権局は、1979年に、この規則にかかわる規制自体の要件を「具体化」した大学間スポーツの政策についての「政策解釈（OCR Policy Interpretation）」を公表した¹²⁾。

この「政策解釈」では、「スポーツ奨学金」、「スポーツの利益と機会の同等性」、そして「関心と能力への配慮」の三つの領域が取り上げられている。最後の「関心と能力の配慮」について、大学がTITLE IXを遵守しているかどうかは、以下の三つのテストのうちひとつをクリアしているかどうかで判断される¹³⁾。(1)大学間スポーツに参加している男女選手の数が「実質的につりあっている」（実質的バランス）、(2)少数しかいない側の性の関心と能力にみあったレベルでスポーツプログラムが継続して拡大している（プログラム拡大）、(3)少数しかいない側の性の関心と能力が現行プログラムと合致している（関心と能力への現状への合致）である¹⁴⁾。

この一つめのテスト、「人数の実質的なつりあい」が、「人数割当」ではないという立法意図とはうらはらに、TITLE IXをして反差別法からアファーマティヴ・アクション法にその機能を変換したとされるのである¹⁵⁾。しかし、この「実質的につりあい」が達成されていなくても「プログラム拡大」や「関心と能力の現状への合致」のテストをクリアすれば、当該学校はTITLE IXを遵守していると解することもできるのである。この三つのテストの関係について、節を改めて、代表的な判例をみてみよう。

6) 20 U. S. C. 1681(a).

7) Grove City College v. Bell, 465 U. S. 555, 573-74 (1984) において、連邦資金を受けている「プログラムや活動」のみがTITLE IXの対象であると判断され、多くのスポーツが対象外と解されたのに対し、1987年公民権救済法（20 U. S. C. 1687）が制定され、一つのプログラムが連邦の資金提供を受けていれば、その機関全体がTITLE IXの対象となると立法的な解決がされた。これを機会に、TITLE IXを根拠とした、女子選手を原告とした訴訟が目立つようになり、原告が勝訴することが多くなった。以上につき、Rozum, *supra* note at 162-3.

8) Ganzi, *supra* note at 547-8.

9) HEWは、1979年に、健康ヒューマンサービス省（HHS）と教育省（DOE）に分割されている。その後は教育省公民権局がTITLE IXの管掌部局となった。

10) 34 C. F. R. 106.41.

11) 34 C. F. R. 106.41(c).

12) 44. Fed. Reg. 71, 413-23(1979).

13) 44. Fed. Reg. 71, 418(1979).

14) Ganzi, *supra* note at 546.

15) Ganzi, *supra* note at 547.

3. Cohen v. Brown University

1991年にブラウン大学は資金上の問題から、女子バレーボール、女子体操、男子ゴルフ、男子水球の4チームを大学代表スポーツから外すことを決定した。この決定に対して、女子バレーボールチームと体操チームのメンバーが大学を相手取って裁判を起こした¹⁶⁾。この裁判において、「三つのテスト」が支配的判断基準であることが確認されたのである¹⁷⁾。特に、第1巡回裁判所は、「学生の関心と能力に有効な配慮をしていなければ、当該機関はスポーツ奨学金や他のスポーツの便益や機会について同等性を提供していたとしても、TITLE IXに違反している」と判示した¹⁸⁾。

「関心と能力への配慮」の三つのテストのうち、「人数の実質的つりあい」については、「教育機関は、TITLE IXを遵守するためにより多くの資金をスポーツプログラムに使うことは要求されない。かわりに実質的つりあいの遵守は『[人数を]引いたり、[大学代表レベルから同好会レベルに]グレードを下げたりすること、つまり過剰代表されている性の側の機会を減らす一方で、過少代表されている性の側の機会を維持することでも』達成することができる」とし、「こうして、裁判所は、学生の男女比率にみあった数のスポーツ機会を有する大学にとって、実質的つりあい[男子スポーツを削減してそれを維持すること]を『避難港』[Safe Harbor]としたのである」¹⁹⁾。

第二のテストである「プログラムの継続的拡大」については、70年代に女子スポーツチームを増加させた後、80年代以降ほとんど増やしていないことからクリアしていないとし、第三のテストである（関心と能力の現状との合致）については、差別されていた側の性が参加できる競技スポーツ拡大について「絶えず用心深く」していなければならないとした。この判決の考え方にその後多くの裁判所は追随したのである²⁰⁾。

4. 大学側の反応とその矛盾

こうした判決の流れは、大学側にとってはどのような意味を持っていたのだろうか。第二のテストをクリアしようとするならば、永遠に毎年毎年、女子スポーツ種目を大学代表レベルに加えていかなければならない。第三のテストは「関心と能力の現状」を計測すること自体が困難であり、その証明をするために公民権局の調査も受入れなければならない。したがって、TITLE IX遵守を、「関心と能力への配慮」を通じてのみ証明しなければならず、しかもそのテストのうち誰の目にも明らかな形でクリアできるのは「実質的な人数のつりあい」ということになる²¹⁾。

16) Cohen v. Brown Univ., 991 F.2d 888. (1st Cir. 1993)

17) Rozum, supra note at 163.

18) Ganzi, supra note at 550. Cohen, 991 F.2d at 897.

19) Ganzi, supra note at 551, citing Cohen, 991 F.2d at 898 n.15.

20) これとは異なる下級審判決については、Ganzi, supra note at 552-3.

21) Ganzi, supra note at 554.

これを達成するのは、男子スポーツチームを削減するか、女子スポーツチームを増やすかである。しかも、個人競技では効率が悪いので、皮肉にも「関心と能力への配慮」という目的から離れて、形式的な同数を達成するために、社会的な競技人口が少なくてもある程度まとまった人数が期待できる種目に集中したりする例がある。たとえば、1997年から2000年にかけて中西部のBIG 10 Conference²²⁾ に属するいくつかの大学が女子ボートチームを次々に大学代表レベルに格上げした。単純に人数を稼げるからであり、各大学のコーチ陣が選手を集めるのが困難であると言明しているような状態であっても、TITLE IXの「実質的人数のつりあい」を達成することが優先されたのである²³⁾。これは、結果として「強くない」女子スポーツチームの増加を意味して、それがますます「関心」を低めることにもつながっていく。

逆に、削減される男子スポーツチームの選手たちが大学を相手取って裁判をおこす例もある。たとえば、Kelly v. Board of Trustees²⁴⁾ では、大学代表レベルから外されたイリノイ大学男子水泳チームの選手たち原告となり、大学がTITLE IXと連邦憲法修正14条平等条項に違反しているとして、裁判を起こした。しかしながら、「TITLE IXは学校に女子のスポーツの機会を拡大することを要求していないし、また、全学生の男子比率と実質的につりあっている水準よりも多くの機会が、いまだに男子チームに与えられている現状から、男子チームを削減することはTITLE IXに違反しない」と原告敗訴の判決が下されたのである²⁵⁾。

このように反差別法が、「人数平等」のみを目的とする、悪しき意味での「アファーマティヴ・アクション」法となってきたのであった。

5. 「競技スポーツにおける機会についての委員会」

全米レスリングコーチ協会²⁶⁾ が連邦教育省を相手取った裁判が大きな注目を集めたこともあり、教育省長官が2002年7月に「競技スポーツにおける機会についての委員会」を構成し、その答申が2003年2月に出された。そこでは、公民権局の「政策解釈」のあいまいさが混乱を招いたとし、公民権局に対してより明確な基準を提示するように求めている。また、「関心と能力への配慮」の三つのテストについては、どのテストも大学にとって「避難港」であることを確認し、それらを総合的にバランスよく、また個別にも検討して、TITLE IX遵守状況をチェックするように求めている。大学に対しては、いくつかの中規模、大規模大学の調査を踏まえて、男子チームを削減しなくても、募金や施設貸与による新たな収入源を求めたりして、TITLE IXの遵守ができるので、安易に男子チームの削減はすべきでないという方向性を示している。ま

22) このようなConferenceあるいはLeagueはもともとは特定種目の大学間スポーツのリーグ構成校を指すものであったが、近年では大学全体の提携という性格を強めており、研究・教育面での提携も盛んになっている。

23) Rozum, *supra* note at 170-1.

24) Kelley v. Bd. Of Trustees, 35 F.3d 265 (7th Cir. 1994).

25) Ganz, *supra* note at 559.

26) レスリングは多くの大学で削減対象となった。ちなみに、女子レスリングは合衆国ではまだ大学レベルにおいてそれほど普及していない。

た、「関心」についての調査をするように求めているが、この点については議論がある²⁷⁾。

TITLE IXが女子スポーツの拡大に大いに貢献してきたことはいうまでもない²⁸⁾。しかし、この規定をめぐる実態は、ここでみてきたような行政機関の解釈や判決での一面的な解釈などを通じて、その立法意図から大きく離れてしまっている。単純な「人数割当」に大学側が走る背景についてはさまざまな理由があるだろうが、法遵守を目にみえる形で実現するためにもっともコストの少ない方法が選択されがちだということはその理由の一つとして考えられるであろう。他方で複雑な法規制がなされれば、その規制対象の側は、単に遵守ではなく、違反を避けるために過剰に反応し²⁹⁾、また単純化された反応を志向するということがいえるのかもしれない。(藤本亮)

お わ り に

以上、現実の法実施状況のなかで、ジェンダーをめぐる理念、法、法理論、問題設定などが、具体的にどのような射程、可能性、問題性、限界を持つのかということについての予備的検討を行ってきた。2004年度は、各人の研究領域においてこれらの検討を理論的に深化させるだけでなく、これらの課題がジェンダー法学教育の中にいかに組み込まれているか、組み込まれる可能性があるのかについても、第二の角度からの研究である米国ロースクールなどでのジェンダー法学教育の状況を参考に検討していく予定である。日本におけるジェンダー法学教育の必要性は近年とみに強調されるが、実際のところまだその緒に着いたばかりであり、これら研究が実践的な貢献を行いうることが強く期待される。(澤敬子)

文献一覧

【図 書】

浅倉むつ子監修 (2003)『導入対話によるジェンダー法学』不磨書房。

浅倉むつ子 (1999)『均等法の新世界』有斐閣。

池本美香 (2003)『失われる子育ての時間』勁草書房。

大塚仁他編 (1992)『大コンメンタール刑法 第7巻』青林書院。

小野清一郎 (1946)『全訂刑法講義』有斐閣。

木村光江 (2003)『刑法[第2版]』東京大学出版会。

27) Ganzi, supra note at 563-6. Ganziはこの調査推奨に肯定的な立場で見解を述べている。

28) TITLE IXにつき、合衆国の大学スポーツの男女比を考える際に、単純な「人数割当」が矛盾を来す背景には、強いチームを維持するために100人以上の選手数が必要なフットボールチームの存在も考えなければならない。多くの大学にとってフットボールチームは人気もあり、また重要な収入源でもあるからフットボールプログラムをなくすわけにはいかない。しかし、そこには男子選手しかいない。そのため多くの大学では、競技スポーツ選手の男女比に大きな不均等が存在していた。そこで他の種目の男子チームを削減するいっぽうで、フットボールチームに割り当てるスポーツ奨学金枠を削減して（これは「弱い」チームにつながる）、TITLE IXの遵守を確保しようとしていたのであった。

29) ある雇用関係法の改正に伴い、企業内の労務担当者がその改正内容に対して過剰に反応する傾向があることについて、Edelman, Lauren B., Steve E. Abraham, and Howard S. Erlanger (2002) "Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge." 26 LAW AND SOCIETY REVIEW 47.

- 許斐有、望月彰、野田正人、桐野由美子編（2002）『子どもの権利と社会的子育て』信山社。
- 杉田聡（2003）『レイプの政治学—レイプ神話と「性＝人格原則」』明石書店。
- 棚瀬孝雄編著（1994）『現代の不法行為法』有斐閣。
- 角田由紀子（2001）『性差別と暴力』有斐閣。
- 東京・強姦救援センター編（1990）『レイプ・クライシス』学陽書房。
- 町野朔（1996）『犯罪各論の現在』有斐閣。
- 山下泰子（1996）『女性差別撤廃条約の研究』尚学社。
- ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク（2004）『CEDAWと住友電工裁判』ワーキング・ウィメンズ・ネットワーク。

【雑 誌】

- 谷田川知恵（2000）「性的自由の保護と強姦処罰規定」『法学政治学論究』第46号、507-531頁。
- 棚瀬一代（2004）基調講演「離婚と虐待にみる子どもの権利の日米比較」「子どもの立場から見た家事手続きのあり方」『判例タイムズ』1145号、4-41頁。
- 南野佳代（1996、1997）「近代家族と女性労働者——保護と身体化」（一）（二）『法学論叢』139巻6号43-60頁、142巻1号82-103頁。
- 山下泰子（2003）「女性差別撤廃条約採択後の国際人権の展開」『ジュリスト』1237号、31-47頁。

【洋書・洋雑誌】

- Edelman, Lauren B., Steve E. Abraham, and Howard S. Erlanger（2002）“Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge.” 26 *LAW AND SOCIETY REVIEW* 47.
- Estrich, Susan（1987）*Real Rape*, Harvard University Press（中岡典子訳『リアル・レイプ』JICC出版局、1991年）。
- Ganzi, Danielle M.（2004）“Note: After The Commission: The Government's Inadequate Responses To TITLE IX's Negative Effect On Men's Intercollegiate Athletics.” 84 *BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW* 543.
- Mackinnon, Catherine A.（1989）*Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press.
- Rozum, Kristin（2003）“Comment: Staying Inbounds: Reforming TITLE IX InCollegiate Athletics.” 18 *WISCONSIN WOMEN'S LAW JOURNAL* 155.
- Schulhofer, Stephen J.（1998）*Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press.
- UNIFEM（1998）*Bringing Equality Home: Implementing the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, NY: UNIFEM,